

# **CUSTÓDIA E A NECESSÁRIA FUNDAMENTAÇÃO PARA A RESTRIÇÃO DA LIBERDADE**

## **CUSTODY AND THE NECESSARY GROUNDS FOR RESTRICTING FREEDOM**

**Isael José Santana <sup>1</sup>**  
**Lisandra Moreira Martins <sup>2</sup>**  
**Muriel Amaral Jacob <sup>3</sup>**

### **Resumo**

A importância da liberdade é fator histórico e sua busca uma constante no pensamento. A restrição da liberdade é ato de imposição a quem de qualquer forma tenha infringido o contrato social, na concepção de Rousseau que delimita a ação humana dentro da perspectiva de um bem comum. A privação da liberdade, antes de uma decisão fundamentada, só poderia ter lugar em um sistema de garantias de que tal privação estivesse fundamentada de forma a justificar ato de tamanha violência, considerando que este valor é imprescindível a condição humana. O método é dedutivo. A liberdade é parte da essência humana.

**Palavras-chave:** Liberdade, Direitos, Custódia

### **Abstract/Resumen/Résumé**

The importance of freedom is a historical factor and its pursuit is a constant in thought. The restriction of freedom is act of imposition on anyone who has in any way violated the social contract, in Rousseau's conception that delimits human action within the perspective of a common good. Deprivation of liberty, before a reasoned decision, could only take place in a system of guarantees that such deprivation would be justified in order to justify an act of such violence, considering that this value is indispensable to the human condition. The method is deductive. Freedom is part the human essence.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Freedom, Rights, Custody

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Docente da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) – Curso de Direito

<sup>2</sup> Doutora em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Docente da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) – Curso de Direito.

<sup>3</sup> Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); BolsistaCapes; Docente Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) – Curso de Direito, Advogada

## **Breve introdução sobre o direito e a natureza humana**

A evolução legislativa é um fato que, por vezes, é absorvida pelo imenso lapso temporal, que não acompanha o limiar da sociedade a quem está umbilicalmente atrelada. Em que pese nossas considerações críticas à inflação penal com a sanha de rigorosidade e ampliação de penas restritivas de liberdade, o fato é que adequação não significa mera aplicação dos gritos roucos das ruas, mas o atendimento dos princípios da legalidade onde deve pautar-se o direito e o processo penal.

Nessa linha de pensamento conduz a necessidade de garantias soflocenas, em que a dignidade se sobrepõe ao mero dogmatismo jurídico. Nesta esteira de reflexões é que se coloca como necessário a observação dos mencionados princípios, muitas vezes abandonados em razão da urgência e mesmo uma ilusória segurança jurídico/social.

É importante lembrar que os direitos em sua evolução necessitam de se afirmarem sendo resultados de seus processos históricos, e há uma resistência, conforme se verá mais adiante, que são próprias da sensação de insegurança nos processos mais avançados de prevalência de direitos fundamentais, neste sentido:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. Norberto Bobbio (1992, p. 5)

Para abordarmos o tema proposto impõe-se a observação do princípio da inocência, que não é absoluto, como se permite a interpretação principiológica, mas não pode quedar-se inerte frente ao afã punitivista.

Poder-se-ia buscar um debate sobre a natureza dos direitos em sua positivação, como ocorre com o princípio supra mencionado, no entanto, com a finalidade de estabelecer a questão histórica, que determina a necessidade de adequações no sentido de evoluir as formas de exercício do poder legal, sem que se caracterize abusos.

Assim, ao posicionar-se pela historicidade dos direitos, não podemos abandonar os denominados direitos do homem que Canotilho apresenta a diferenciação da seguinte forma:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e

significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (Canotilho, 1992, p. 529)

Desta feita, buscando a retomada da questão principiológica, em especial a do princípio da inocência, tem-se que é da essência do direito positivado, nasce a um determinado tempo e vincula-se a ele os valores de uma determinada sociedade em um determinado momento histórico.

Tem-se desta forma que os princípios são balizadores dos direitos positivados e estão na sua origem, não sendo, portanto, mero lume, mas valor implícito na norma, ou seja, o sustentáculo do positivado está na sua essencial que emana dos valores determinados e denominados de princípios.

Somente podemos aferir as garantias em um sistema democrático, onde houve a constitucionalização dos direitos fundamentais, como é o caso da nossa. Os meios processuais são garantias do acusado, entres tais esta o de ser considerado inocente de forma absoluta, em que pese outros princípios com o *pro societates*, frise que não estamos tratando de otimização, pois não se trata de colisão mas de prevalência fundado nos fatos principiológicos.

Ainda que se possa fundar o princípio da inocência como norma constitucional, e assim o é, não deve ser tratado de forma distinta, mas como elemento do mesmo conjunto do sistema jurídico. Há a distinção entre a norma posta e visualizada, de conhecimento e o princípio implícito que é a fonte a ser observada na aplicação da norma.

Para que possamos ter, de forma exemplificativa, a questão dos princípios socorremo-nos de Bandeira de Mello:

Princípio – como já averbamos alhures- é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (...) (Mello, 1996, p.545).

Logo, se nos deparamos com o *pro societates*, que para alguns não alça a condição de princípio, mas não podemos tratá-lo de forma a transvergir divagar pela condição de sua existência e aplicabilidade, em especial nas fases iniciais da persecução penal.

Por outro lado temos que as garantias constitucionais do procedimento penal não podem de forma astuta buscar desconfigurar um princípio frente a outro, mais uma vez mencionando que não se trata de conflitos, a priori, pois cada um dos mesmos seria aplicado em fases diversas, mas podemos aferir que pode incidir em equívoco uma certeza de momento processual.

Assim, a presunção de inocência, no dizer dos garantistas, e razão lhes assiste, é um princípio de democracia e segurança jurídica, que em apertada análise são fontes da mesma natureza, sendo que podemos dizer que a democracia está para o cidadão enquanto a feliz afirmação harenditiana que nos ensina que esta se perfaz com o direito a ter direitos e estes estão, também, nos princípios elementares do processo que visa a justiça e não a suposta segurança da sociedade, uma vez que esta só assim estará perfeita se garantida a quem é sujeito do processo as tiver de forma ampla.

Não se cogita os "circos romanos" produzidos midiaticamente que clamam por mais rigidez e imputação de novas modalidade e agravamentos das atuais normas de direito penal, já denominada inflação penal, que não se possa fundar a ciência do direito no senso comum de produção massificada e desfocada dos direitos fundamentais, que são base do sistema democrático, que permite, inclusive tais equívocos em nome de uma segurança metafísica.

As declarações buscaram positivar as promessas da modernidade a saber libérte, égalité e fraternité, não cumpridas, mas minimamente positivadas de forma a serem, ainda nas palavras de Norberto Bobbio, os direitos mais que positivados precisam ser efetivados, em especial, mencionamos, os de eficácia imediata, que nascem da garantia de cada cidadão e não se um pressuposto geral de segurança.

Há processos restritivos de direitos, aplicáveis com frequência a determinada classe, a mesma que carece do conhecimento da sua real perspectiva de cidadania, pois não possui a mais breve noção do plexo de direitos a que lhe deve destinar o Estado social ,o *welfarestate* , que só se estabelecerá quando e se garantir os denominados direitos e garantias.

## **Garantias do investigado**

Por pessoa investigada tomamos por ilustração todos os que estejam no cárcere ou não, e por cárcere entendemos todas as formas de prisões cautelares (preventiva, temporárias), com fundamento na legislação vigente. Quando determinamos que investigado não necessariamente deve estar encarcerado é pelo fato de que a prisão é ou deveria ser medida de exceção, e não regra, como , infelizmente tem ocorrido.

Para tanto é necessário ilustrar com dados recentes as prisões desta modalidade, a saber:

A explosão do número de presos provisórios conferiu ao Brasil o nada honroso posto de campeão mundial em crescimento de população carcerária.”. Tal doutrinador chegou a conclusão que “ (...) a quantidade de detentos não-condenados nas cadeias brasileiras subiu 1253%, de 1990 a 2010. Já o número de definitivos cresceu 278%. Tal disparidade fez com que, hoje, quase 44% dos detidos sejam provisórios. Em 1990, esse índice era de 18%.”Leia mais: <http://jus.com.br/artigos/31831/o-aumento-das-priso-es-cautelares-banalidade-ou-necessidade#ixzz3Uei2Va2g>

Trata-se de números apresentados por Luiz Flávio Gomes, dados estes confirmados pelo Depen ( Departamento Penitenciário do Ministério da Justiça) e que são demonstrações de que tornou-se regra o encarceramento, uma vez que 44% não tem condenação definitiva e que estão encarcerados sob o manto da fundamentação social, embora a fundamentação jurídica possa ser determinante considerando o valor dado a dogmática jurídica.

Sabemos que a restrição da liberdade deve ter por fundamento real risco para a sociedade , seja no aspecto da reincidência, seja no fato de frustrar a execução futura, aqui mais uma vez a seletividade impera, considerando que em classes mais abastadas financeiramente é facilmente comprovados os requisitos para liberdade. Não se deseja que o princípio elementar de presunção de inocência, seja aplicado a classe A ou B, mas que seja aplicado com base nos direitos de cidadania.

O que se esclarece é a forma de transformar pessoas em cidadão de segunda ou terceira classe, onde se aplica a lei de forma a fundamentar o risco da frustração, conforme mencionado, da persecução penal. Não pode se construir , frente a defesa de direitos fundamentais uma *vendetta* contra quem quer que seja sob pena de inviabilizar a pessoa humana como fundamento protetivo da ordem jurídica.

As medidas cautelares se fazem necessárias? Nos parece que sim da mesma forma que nos parece imperativo categórico que os direitos fundamentais também o

sejam, e neste caso entre a restrição da liberdade e a garantia da cidadania plena é necessário que a fundamentação do decreto prisional não seja meramente metafísico, como por exemplo, o perigo de fuga. Todos podem fugir, tenham condições financeiras ou não, tenham empregos ou não, assim de Cacciola e Abdelmassih a Josés, a evasão do distrito de culpa é uma possibilidade real e imprevisível que passa por uma análise meramente de suposições, pois mesmo um reincidente pode não afastar-se do distrito de culpa.

Assim fundado em possibilidades e suposições cabe a aplicabilidade dos precedentes do Supremo Tribunal Federal e outros tribunais superiores, de que é necessário base empírica idônea, assim a mera menção de garantia da ordem pública se demonstra insuficiente para a restrição da liberdade, outro alicerce da cidadania guindado a norma constitucional de caráter pétreo.

Ainda neste sentido o Ministro Celso de Mello em Habeas Corpus concedido é cristalino ao afirmar a posição da corte maior, com relação aos pressupostos de excepcionalidade da prisão ou sua manutenção:

Todos sabemos que a privação cautelar da liberdade individual é sempre qualificada pela nota da excepcionalidade (HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que a supressão meramente processual do “jus libertatis” não pode ocorrer em um contexto caracterizado por julgamentos sem defesa ou por condenações sem processo (HC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)

Segue:

Essa asserção permite compreender o rigor com que o Supremo Tribunal Federal tem examinado a utilização, por magistrados e Tribunais, do instituto da tutela cautelar penal, em ordem a impedir a subsistência dessa excepcional medida privativa da liberdade, quando inócua hipótese que possa justificá-la: “Não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual (...) ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (CF, art. 5º, LVII). O processo penal, enquanto corre, destina-se a apurar uma responsabilidade penal; jamais a antecipar-lhe as consequências. Por tudo isso, é incontornável a exigência de que a fundamentação da prisão processual seja adequada à demonstração da sua necessidade, enquanto medida cautelar, o que (...) não pode reduzir-se ao mero apelo à gravidade objetiva do fato (...)” (RTJ 137/287, 295, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE –) STF HC 118580 MC / SP.

Não obstante o posicionamento da Corte Maior, os números apontam em sentido diverso com o encarceramento em massa, para tanto os direitos fundamentais do processo penal que tem como finalidade assegurar as garantias do acusado, tem

transformado pré-julgamentos onde, nem mesmo os crimes denominados hediondos, podem ter tal tratamento de aplicação antecipada da pena.

A mencionada garantia que a muitos surge como ojeriza a sanha punitivista, embora dela se possa falar, sem que transforme-se em aplicabilidade básica nos espaços de consagração da cidadania que é a *ultima ratio*, onde a fragilidade da pessoa se depara com todo o poderio do Estado e é nele que se espera o exercício do direito por meio dos procedimentos que tem o princípio basilar da presunção da inocência.

Tem-se ainda que o direito de não ter sua liberdade ceifada no momento de investigação é apenas um dos direitos afetos ao investigado, pois não se deve permitir qualquer abuso de direito fundado em teorias próximas a esquizofrenia, que são convicções predeterminadas sobre crimes ou pessoas que infringiram a lei e a busca nos estatutos legais formas de se fundamentar os decretos prisionais.

É cediço que, mesmo diante de impropriedades jurídicas, e nem todas são, por vezes a fundamentação é falaciosa mais lógica, levam um lapso temporal para ser analisada em instâncias superiores, o que determina a restrição de liberdade sem motivação jurídico/legal efetiva. A audiência de custódia, a exemplo, não é a propositura que tem o escopo de salvaguardar todos os direitos, mas pode-se imaginar que estamos, na trilha de Bobbio, em buscar a evolução de direitos por meios de mecanismos que possam dar azo as garantias fundamentais da pessoa que tenha sobre suas ações a suspeição de prática de crime(s).

A postura do pensador italiano nos remete a questão de meios de garantias e não mais de mero conformismo fundado no senso comum da impunidade, pois não seria preciso maiores ilações para saber que o sistema posto é violador da dignidade humana pelo simples fato de ter sobre seus auspícios o dever de zelar pela cidadania de forma ampla, sob pena de estarmos em postura de violações e abusos de direitos pelo levatã.

## **Bibliografia**

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BOBBIO, **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus -Recurso Especial- , Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE –) STF HC 118580 MC / SP.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus -Recurso EspecialHC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5º edição. Coimbra; Almedina. 1992

GOMES. LUIS Flávio. in <http://jus.com.br/artigos/31831/o-aumento-das-priso-es-cautelares-banalidade-ou-necessidade#ixzz3Uei2Va2g> (acesso em 10 de outubro de 2016.)

MELLO, Celso Antônio , **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo; Editora Malheiros , 1996